

LA RECIENTE APLICACION DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD EN ESPAÑA: EL CASO SCILINGO

*Silvia Mendoza Calderón**

A. Introducción; B. La aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España: 1. El concepto de crimen de lesa humanidad y su incorporación al Código penal español: 1.1 El elemento contextual del crimen de lesa humanidad; 1.2 La incorporación de los crímenes de lesa humanidad al Código penal español; 2 Relación entre los crímenes de lesa humanidad y los delitos de terrorismo; 3. El caso Scilingo como crimen de lesa humanidad; 3.1 Los hechos probados en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005; 3.2 La Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005, núm. 16/2005; 3.3 Los problemas de aplicabilidad al caso del art. 607 bis) C.P: 3.3.1 La aplicación temporal de la Ley penal: El principio de *lex certa* y los consecuentes problemas de irretroactividad de la norma penal; 3.3.2 La circunstancia de obediencia debida y existencia de leyes de punto y final; **C. Conclusiones.**

A. INTRODUCCION

La sentencia 16/2005, de 19 de abril, de la Audiencia Nacional, ha condenado al militar argentino Adolfo Scilingo con seiscientos cuarenta años de prisión por delitos de lesa humanidad, en la comisión de actos de asesinato, detención ilegal y torturas. No es la primera vez que la jurisdicción española intenta un procedimiento de estas características, como lo demuestran, el *Auto de 3 de Noviembre de 1998, del Juzgado Central de Instrucción, número 5, de la Audiencia Nacional*, en donde se solicitaba la extradición del general Pinochet bajo la acusación de los delitos de genocidio, terrorismo y tortura, o la reciente *Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2004*¹, en relación a la incoación de procedimiento penal contra el ex Ministro de Defensa de Chile, por delitos de genocidio, terrorismo y torturas.

Los problemas a los que se enfrenta cualquier jurisdicción nacional a la hora de intentar perseguir un crimen internacional derivan principalmente, de que a pesar de reconocerse en sus ordenamientos el principio de *justicia universal*, siempre surgen cuestiones controvertidas con respecto a la aplicación de la ley penal en el tiempo por la irretroactividad de la norma penal, además de discutirse el ámbito de aplicación de las excepciones al principio de justicia universal, como

* Profª. Asociada Interina. Universidad de Sevilla.

¹ Vid. *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 319/2004, de 8 de marzo*, con respecto a la decisión de incoación de procedimiento penal acordada por auto del Juzgado Central de Instrucción. En relación al caso Scilingo, confrontar igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo, 1362/2004, de 15 de noviembre.

puede ser el valorar la *necesidad de intervención* de órganos judiciales extraterritoriales, si el delito puede perseguirse en su lugar de comisión².

La práctica judicial española en esta materia nos enseña que en la persecución de crímenes contra la humanidad entran en conflicto distintos intereses que deben ser adecuadamente valorados, ya que por un lado, órganos judiciales nacionales pueden entrar a juzgar hechos no cometidos en su territorio, siempre que la propia jurisdicción territorial no se encuentre enjuiciándolos, y por otro, en el caso de que no exista causa abierta con respecto a los mismos, se va a enfrentar con que tiene que aplicar su propia legislación interna a sucesos acontecidos en otros países, en los cuáles por determinadas motivaciones políticas pueden haberse promulgado leyes de “punto final” o “de obediencia debida”(carentes de todo principio de justicia material), provocándose como consecuencia el posible establecimiento de unas tensas relaciones internacionales entre ambos países.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003, en el denominado “*Caso Guatemala*”, determina hasta dónde puede llegar la competencia de los tribunales penales españoles invocando el principio de Justicia Universal reconocido en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, enfocando a su vez, cuáles deben ser las líneas básicas de actuación: en primer lugar, se considera que a ningún Estado en particular le corresponde el ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden recurriendo al Derecho penal contra todos y en todo el mundo, sino que más bien, hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción. En segundo lugar, se establece que *el “principio de no intervención en asuntos de otros Estados”*, reconocido en el art. 27 de la Carta de las Naciones Unidas, admite limitaciones en relación a hechos que afecten a los derechos humanos, pero que estas limitaciones solo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención se acepte mediante acuerdos entre Estados o se decida por la Comunidad Internacional³ y finalmente, como complemento de los

² Con respecto a la primera de las cuestiones, en el caso Scilingo, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2004*, destacó que se mantenía la jurisdicción de los tribunales españoles, porque los hechos delictivos abarcados por el auto de procesamiento eran perseguibles en España con anterioridad a la Ley Orgánica del Poder Judicial, existiendo además un interés nacional en su persecución al incluirse a víctimas de nacionalidad española. En relación a la segunda problemática apuntada, la competencia jurisdiccional española se sostiene al no contrastarse suficientemente que en Argentina existiesen causas por los mismos hechos, sino sólo procesos abiertos por delito de secuestro de menores, violaciones o delitos contra el patrimonio que no eran abarcados por las Leyes de Punto Final o de Obediencia Debida.

³ En los Tratados Internacionales relativos a estas materias solamente se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se les añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad al suprimirse la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Sin embargo se recalca, que esto no implica un

anteriores principios, se establece que algunos tribunales nacionales reconocen que debe existir incluso *una conexión con un interés nacional como elemento legitimador*, en el marco del principio de justicia universal, con arreglo a criterios de racionalidad y siempre respetando el principio de no intervención⁴.

Además esta serie de situaciones se producen, porque a pesar de haberse establecido una Corte Penal Internacional como órgano adecuado para enjuiciar estos hechos, en algunos casos, *el principio de complementariedad* facilita que sean los propios órganos judiciales estatales los que tengan que encargarse de otorgar un adecuado castigo a los culpables.

Sin embargo, aunque se haya planteado que el llevar la cuestión a sus extremos puede provocar una “judicialización de la política” o “una politización de la justicia”, la doctrina también ha reconocido que quienes hacen política con los derechos humanos siempre desearán el que no exista un intromisión judicial, nacional o foránea, creyendo que los jueces están usurpando un ámbito que consideran propio, (sobre todo en los periodos de transición democrática), entendiendo que las decisiones judiciales están animadas por consideraciones y prejuicios políticos, en lugar de por el afán de extender la protección de la ley a las víctimas de los crímenes más horribles⁵.

B. LA APLICACION DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD EN ESPAÑA

1. El concepto de crimen de lesa humanidad y su incorporación al Código penal español.

1.1. El elemento contextual del crimen de lesa humanidad.

reconocimiento expreso de que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiéndose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en el territorio de otro Estado.

⁴ El Pleno del Tribunal Supremo estimó en esta resolución que en los casos de los sacerdotes españoles, así como en el asalto a la Embajada Española de Guatemala, respecto a las víctimas de nacionalidad española, los tribunales españoles tienen jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos culpables. La *Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de septiembre de 2005*, ha representado todavía un paso más en la persecución de los crímenes de lesa humanidad al declarar que la justicia española es competente para juzgar delitos de genocidio y crímenes contra la humanidad cometidos fuera de España, aún cuando no haya víctimas de esta nacionalidad.

⁵ REMIRO BROTONS, “Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial”, en *Derecho penal internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial VII, Madrid, 2001, pág. 149 s. Vid asimismo, en relación a los problemas que plantea esta serie de comportamientos tras la transición política, MUÑOZ CONDE, “El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de extraños a la comunidad”, en *Revista Penal*, núm.9, enero, 2002, pág. 43 ss, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, *Estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo*, Valencia, 2002, pág. 280 y ss.

Siguiendo a CASSESE⁶ se produce un crimen internacional cuando se infringe la normativa internacional protectora de valores de vital importancia reconocidos por la mayoría de la comunidad internacional y vinculantes para todos los Estados e individuos, existiendo un interés universal en su represión, con independencia de enlaces territoriales o de nacionalidad tanto con el ejecutor de tales actos, como por parte de la víctima. En última instancia se destaca, que aunque el ejecutor haya actuado amparándose en que ostenta determinados cargos de Estado, ya sean *de iure o de facto*, el Estado bajo cuyo nombre se han realizado los actos prohibidos, no puede invocar privilegios de inmunidad ante las jurisdicciones criminales extranjeras⁷.

La prohibición internacional de crímenes contra la humanidad fue proclamada por primera vez en el capítulo relativo al Tribunal militar internacional de Nüremberg anexionado al *Acuerdo de Londres de 8 de Agosto de 1945*, si bien su definición estaba condicionada a que los actos se cometiesen antes o durante un conflicto armado. El art. 6 c) de este acuerdo firmado por los Estados Unidos, Francia, Reino Unido y la Unión Soviética, valoraba como crímenes contra la humanidad el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o bien la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen de dicho tipo, implicasen o no una violación del Derecho interno del país donde se hubiera cometido⁸.

⁶ CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, pág. 23 s.

⁷ CASSESE, Antonio, *ul.op.cit.*, pág. 24. No obstante, en relación a este último requisito cuando el cargo oficial pertenece a la categoría de Jefe de Estado, ministro o agente diplomático, todavía en activo, se admiten supuestos de inmunidad. Consultar la decisión de la Cámara de los Lores inglesa de 24 de Marzo de 1999, relativa al caso Pinochet, (*House of Lords, Judgement of 24 March 1999*). En relación a la doctrina del *common law* “del acto de Estado” con respecto a la falta de competencia de los tribunales ingleses, MARTIN CANIVELL, “El caso Pinochet en el Tribunal de la Cámara de los Lores”, en *Derecho penal internacional*, Madrid, 2001, pág. 64 ss. Vid. a favor de que no se mantenga que las conductas que representen una clara violación del Derecho internacional puedan obtener la protección del Acto de Estado, SERRANO-PIEDECASAS, “El delito de genocidio. Especial referencia al caso Pinochet”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pág. 1501. Consultar igualmente en relación sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía, MARQUEZ CARRASCO, “El caso Barrios Altos ante la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, núm. 33, noviembre, 2003, pág. 69 ss.

⁸ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, JONES, John R.W.D, (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A commentary*, Vol. I, Oxford, 2002, pág. 353. Vid. Igualmente RUEDA FERNANDEZ, “Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿Por fin la esperada definición?”, en CARRILLO SALCEDO, (Coordinador), *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Madrid, 2000, pág. 306, en donde se cita como antecedente a esta promulgación la mención en la Cláusula Martens, en el Preámbulo del Convenio de la Haya, número IV, sobre las leyes y costumbres de guerra terrestre de 1907. En el mismo sentido la Ley número 10 del Consejo de Control Aliado, promulgada el 20 de Diciembre de 1945, que establecía como crímenes contra la humanidad a las atrocidades y delitos que comprendan, (sin que esta enumeración tenga carácter limitativo), el asesinato, el exterminio, la esclavitud, el encarcelamiento,

En el mismo sentido la *Resolución de las Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1973*, declaraba que los crímenes contra la humanidad debían ser perseguidos, no pudiendo en ningún caso, quedar impunes, por ello finalmente en esta línea internacional, la Asamblea General encargó en 1989 a la Comisión de Derecho Internacional la elaboración de un Proyecto Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad⁹. En el Proyecto de este Código internacional presentado por dicha Comisión en 1996, en el art. 18 se recogía una definición de crimen contra la humanidad, deslindada de sus conexiones con conflictos armados, entendiéndose como tal a la comisión *sistemática o en gran escala*, instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo, de actos de asesinato, exterminio, tortura, sujeción a esclavitud, persecución por motivos políticos raciales, religiosos o étnicos y discriminación institucionalizada por las mismas razones cuando supongan violación de los derechos y libertades fundamentales, entrañando graves desventajas para una parte de la población. También se estimaba crimen contra la humanidad, la deportación o el traslado forzoso de poblaciones con carácter arbitrario, la desaparición forzada de personas, la violación, prostitución forzosa y otras formas de abuso sexual, o bien como cláusula de cierre, se introducía la comisión de cualesquiera otros actos inhumanos que menoscabasen gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como actos de mutilación o lesiones graves.

El art. 5 del Estatuto de Roma¹⁰, de 17 de julio de 1998, en vigor desde el 1 de julio de 2002¹¹, establece que son crímenes competencia de la Corte Penal Internacional, aquellos crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, conforme a su Estatuto de creación, con respecto a los crímenes de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión. El art. 7 de dicho tratado constitutivo ha sido el encargado de definir qué se entiende a efectos del Estatuto de Roma, por crimen contra la humanidad.

Se considera *crimen de lesa humanidad a los actos de asesinato, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de*

la tortura, las violaciones o cualquier otro acto inhumano cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, violen o no estos actos las leyes nacionales de los países donde se perpetraran. Debemos advertir que en esta última definición ya no se vincula la comisión de crímenes contra la humanidad a la mediación de un conflicto armado.

⁹ Vid. la Exposición de Motivos de *Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por parte de España, del Estatuto de la Corte Penal Internacional*.

¹⁰ Vid. texto anexo en AMBOS, Kai, *La nueva justicia penal supranacional, Desarrollos post Roma*, Valencia, 2002. (GENERAL A/CONF. 183/9, de 17 de Julio de 1998, ESPAÑOL). Vid igualmente el texto en *Actualidad Penal*, núm. 2, suplemento especial, 1999, pág. 75 ss.

¹¹ Vid. *Posición común, 2003/444/PEJC del Consejo de Europa, de 16 de Junio de 2003, relativa a la Corte Penal Internacional*, (Diario Oficial de la Unión Europea de 18 de Agosto de 2003).

*gravedad comparable, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, nacionales, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional. Así mismo también se incluyen la desaparición forzada de personas, el crimen de apartheid, o cualquier otro acto inhumano de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de las personas*¹².

Se ha recalcado que el elenco de los ilícitos señalados responde a actos de ofensa contra una serie de derechos esenciales de la persona, gestados desde el Tribunal de Nüremberg y confirmados por la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, que han obtenido su consolidación finalmente en el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional. No obstante, como destaca expresamente el art. 7.1 ECPI todas estas conductas deben dirigirse contra la población civil, *como parte de un ataque generalizado o sistemático y con conocimiento del mismo por parte del autor*¹³.

¹² Con respecto al Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de 1996, permanecen inalterables las menciones de conductas constitutivas de asesinato, exterminio, esclavitud, tortura y la desaparición forzada de personas, pero en cambio, se producen en el Estatuto de Roma una serie de modificaciones en relación a otro conjunto de tipos delictivos. Con respecto a la deportación o traslado forzoso de población, desaparece la alusión específica a tal conducta se realice “con carácter arbitrario”, aunque se especifica en el art. 7.2 d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI), que tal acción comprenderá a desplazamientos por expulsión o actos coactivos, de la zona en que este presente legítimamente una población, sin motivos autorizados por el Derecho internacional. Así mismo también se ha incluido la encarcelación u otra grave privación de libertad en violación de normas fundamentales de Derecho internacional, así como dentro de las conductas atentatorias contra la libertad sexual además de la violación, prostitución forzosa y abuso sexual, se introducen la esclavitud sexual, el embarazo forzado, la esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable. En lo referente a las persecuciones, se ha detallado el grupo perseguido, destacando que debe tratarse de “un grupo o colectividad con identidad propia”, ampliándose el número de los motivos por los cuales se puede iniciar la persecución, no sólo considerándose razones políticas, raciales, religiosas o étnicas, sino también cuestiones nacionales, culturales, o de género, e incluso se recoge una cláusula de analogía, cuando la persecución se realice bajo “otra serie de motivos universalmente reconocidos como inaceptables por el Derecho internacional”, siempre que éstas conductas se hallen en conexión con los crímenes determinados en el art. 5 ECPI. La discriminación institucionalizada del Proyecto de 1996, ha sido sustituida por el crimen del apartheid, que es definido en el art. 7. 2 h) ECPI como aquellos actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el apartado 1, cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o mas grupos raciales con la intención de mantener ese régimen. Finalmente la cláusula relativa a la causación de cualquier otro acto inhumano, se ha delimitado destacando la intencionalidad de tales conductas provocadoras de grandes sufrimientos o gravemente atentatorias contra la integridad física, o la salud mental o física, desapareciendo la mención a la ofensa a la dignidad humana, y la concreción que se contenía en el Proyecto de 1996, innecesaria por otra parte, en torno a que tales conductas abarcaban a la producción de mutilaciones y lesiones graves.

¹³ RUEDA FERNANDEZ, *ul.op.cit.*, pág. 315 s.

Los crímenes de lesa humanidad permiten que se puedan incriminar una serie de hechos que tendrían difícil encuadre como crímenes de guerra o de genocidio, por ello, se han tipificado a través de un número de figuras que precisan de un mayor grado de especialidad. No obstante, a pesar de las definiciones contenidas en el párrafo segundo del art. 7 del Estatuto, los mayores obstáculos interpretativos en torno al concepto de crimen contra la humanidad se presentan a la hora de delimitar precisamente, *el contexto o línea de conducta* señalados en el art. 7. 1 ECPI.

Esta referencia, a *“la necesidad de que el acto sea parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil”*, ha sido denominada por la doctrina como *cláusula umbral*, estando destinada a establecer cuál es el grado de gravedad necesario que debe poseer la conducta realizada, para que los hechos cometidos sean susceptibles de considerarse crímenes contra la humanidad. Según se recoge en la definición del Estatuto de Roma, la incorporación de esta cláusula permite llegar a la calificación del concepto de crimen de lesa humanidad a través de dos criterios alternativos, uno cuantitativo y otro cualitativo, dependiendo de si se toma como referencia la amplia escala de los crímenes cometidos, o por el contrario, el carácter sistemático de los mismos¹⁴.

El artículo 7.2 a) del Estatuto de Roma establece que por ataque contra una población civil se entenderá una línea de conducta que implique *la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo primero*, (es decir, asesinato, torturas, esclavitud, desaparición forzada, etc..), dirigidos contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización para cometer

¹⁴ LIROLA DELGADO, MARTIN MARTINEZ, *La Corte Penal Internacional: Justicia versus impunidad*, Barcelona, 2001, pág. 122. Afirman estas autoras que con la incorporación de esta cláusula umbral se produce una manifestación concreta del principio de complementariedad, al que responde la articulación de la competencia material de la Corte. A su juicio en función de esta cláusula, la sanción de los hechos que no entren dentro de la competencia de la Corte corresponderá a las jurisdicciones nacionales, pero sin que por ello pierdan necesariamente la condición de crímenes de lesa humanidad, aun con los problemas que se puedan suscitar para lograr una sanción efectiva. En nuestra opinión tal función de este elemento debe matizarse. A pesar de lo manifestado por estas autoras, no puede olvidarse el papel que juega el proceso de implementación del Estatuto de Roma en los diferentes Estados parte. En el caso español, los crímenes de lesa humanidad tipificados en la ley 15/2003 tratar de dar cabida en nuestra normativa nacional a lo previsto en el Estatuto de Roma. Por ello, no es esta cláusula umbral (o elemento circunstancial según los Elementos del Crimen) lo que marcará la actuación o no de la Corte Penal Internacional como principal manifestación del principio de complementariedad, sino lo establecido en el art. 17 del Estatuto de Roma entrando sólo la jurisdicción internacional en el caso de que el Estado competente para juzgarlo no pueda o no quiera juzgarlo, o se produzca una situación de impunidad de facto. La cláusula umbral sirve para determinar la calificación de una conducta como crimen de lesa humanidad, en base a la tipificación prevista en el propio Estatuto de Roma e implementada por los Estados parte. Solamente será fundamental como “manifestación del principio de complementariedad” cuando el Estado competente para juzgarlo no posea en su legislación interna a los crímenes de lesa humanidad, no pudiendo conforme determina el principio *nullum crimen sine lege*, juzgar a los presuntos culpables por falta de tipo penal aplicable.

dichos actos o para promover dicha política. El art. 7.3 de los Elementos de los Crímenes especifica que no es necesario que los actos constituyan un ataque militar, así mismo se entiende que la “política de cometer esos actos” requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil. Dicha política se llevaría a cabo mediante la acción de un Estado o de la organización y sólo en circunstancias excepcionales, podría llevarse a cabo a través de una omisión deliberada de actuar que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo¹⁵.

En el supuesto de un ataque a un grupo nacional, étnico, racial o religioso si no se puede demostrar la intención específica de destrucción del grupo, no obtendría la calificación de crimen de genocidio, pero sí como crimen contra la humanidad si se diera el requisito de que ello implica un acto considerado parte de un ataque en forma sistemática o generalizada contra dicha población civil¹⁶.

Sin embargo la exigencia de la comisión de una acción sistemática o a gran escala, no impide considerar que cada ataque individual contra un bien jurídico fundamental cometido dentro de las circunstancias anteriores pueda constituir un crimen contra la humanidad¹⁷. Por ello el acto constitutivo de un crimen contra la Humanidad también puede ser único, como un asesinato pero éste debe formar parte de una línea de conducta, siendo en este sentido un acto que se integra en una pauta de comportamiento contra un sector de la población, no contra una persona individual como tal. En base a esto, la doctrina ha calificado a los crímenes contra la humanidad como atentados contra bienes jurídicos individuales, como vida, integridad física y salud, libertad, libertad sexual etc., cometidos tanto en tiempo de paz como de guerra como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de *iure o de facto*¹⁸. Por ataque *generalizado* se puede entender una agresión a una generalidad de personas, es decir una posible multiplicidad de víctimas, mientras que ataque *sistemático* ha sido definido en Derecho internacional como la obediencia a un plan preconcebido¹⁹.

¹⁵ GIL y GIL, Alicia, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los Elementos de los Crímenes”, en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post Roma*, Valencia, 2002, pág. 79 s.

¹⁶ RUEDA FERNANDEZ, *ul.op.cit.*, pág. 322 s.

¹⁷ GIL y GIL, Alicia, *ul.op.cit.*, pág. 83 s.

¹⁸ GOMEZ BENITEZ, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Actualidad Penal*, núm. 3, 2002, pág. 1131 ss. GIL y GIL, Alicia, *ul.op.cit.*, pág. 94.

¹⁹ GOMEZ BENITEZ, *ul.op.cit.*, pág. 1131 ss. Vid igualmente MARQUEZ CARRASCO, “La definición de los crímenes contra la humanidad a la luz del Derecho internacional penal vigente: Desarrollos a partir del Estatuto de Roma”, en *Revista Jurídica del Perú*, núm. 47, junio, 2003, pág. 103 ss, en donde se especifica que según el Estatuto de Roma “cumulativamente” significa que el ataque debe implicar la *comisión múltiple de actos*, los cuales se efectúan de conformidad con la política de un Estado o de una organización, es el llamado “*elemento de la política*”, que conlleva a que los autores no sean solo funcionarios o autoridades gubernamentales, sino también particulares que

En referencia a la relación entre el elemento contextual y los requisitos de imputación subjetiva, se establece que el requisito de “y con conocimiento de dicho ataque” no se tiene que interpretar en el sentido que se requiera una prueba de que el autor debe tener conocimiento de todas las características del ataque, ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de promover un ataque de dicha índole. De la misma manera, no es necesario que el autor anticipe todas las específicas consecuencias de su conducta prohibida sino que es suficiente con que sea consciente del riesgo de que su acción va a acarrear serias consecuencias para las víctimas, en base a la violencia y arbitrariedad del sistema en el cual las introduce²⁰. Así mismo no se demanda que el ejecutor deba tener una forma de pensar específicamente racista o inhumana. Señala CASSESE las decisiones del Tribunal Supremo alemán en la zona de ocupación británica durante los años 1948 a 1952, destacando la decisión de 1948 en el *Caso J y R*, en el cual se sentenció por crímenes contra la humanidad a un alemán que había denunciado a la policía a otros dos alemanes por escuchar una emisora de radio extranjera prohibida, con lo cual las dos personas habían sido arrestadas y sentenciadas a prisión, habiendo fallecido como consecuencia de las condiciones de internamiento. En esta decisión jurisprudencial se aclara que no se requiere que el agente deba aprobar el resultado final de su actuación, simplemente se exige un nexo objetivo entre la acción y la política o práctica, así como la conciencia de dicha política, no siendo necesaria la intención de cometer el crimen con el propósito de perseguir dicha política, ni tampoco un estado de pensamiento que apruebe la consecuencia final del crimen²¹. AMBOS considera que el autor debe poseer conocimiento de los hechos, sin que sea necesario un conocimiento jurídico, no obstante, en su opinión el art. 30 ECPI debe interpretarse como exigencia de dolo directo, infiriendo la existencia de dolo de determinados hechos y circunstancias fácticas²². Otros autores por el contrario estiman que dentro de la intencionalidad, ésta no se limitaría al dolo directo de primer grado, sino que cabe cualquier tipo de dolo. Con respecto al conocimiento de los elementos normativos no es imprescindible una valoración o subsunción jurídicamente exacta por parte

sean miembros de organizaciones que elaboren tal política. Afirma esta autora que en la Conferencia de Roma se defendió que el requisito de la “comisión múltiple de actos de conformidad con la política de un Estado o de una organización para cometer tales actos o para promover una política”, podía ser considerado como más flexible que el ataque sistemático, que se interpretaba rigurosamente como un plan desarrollado y organizado de ejecución de crímenes. En cambio, el requisito de una determinada política, podía evaluarse con algo más de informalidad, no siendo necesario que el acusado participara en la formación de la misma.

²⁰ CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, pág. 81.

²¹ CASSESE, Antonio, *ul.op.cit*, pág. 81, nota 29. CASSESE, Antonio, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, Oxford, 2002, pág. 358.

²² AMBOS, Kai, “Elementos del Crimen y Reglas de Procedimiento y Prueba”, en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post Roma*, Valencia, 2002, pág. 54. En el mismo sentido con respecto a la limitación a un dolo directo, GOMEZ BENITEZ, *ul.op.cit*, pág. 1136.

del autor, sino que será suficiente conforme a la doctrina dominante, con una valoración del autor paralela en la esfera del profano²³.

GOMEZ BENITEZ señala que el dolo no solo ha de conectarse con los elementos de los delitos de referencia, sino también con que dichos actos forman parte de un ataque generalizado y su conformidad con una determinada política de un Estado u organización, es decir, con la finalidad de promoverla o cumplirla, sin que se exija que el autor tenga conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles preciso del plan o la política del Estado o de la organización²⁴.

1.2 La incorporación de los crímenes de lesa humanidad al Código penal español.

España, cumpliendo con lo determinado en la Ley orgánica, 6/2000 de 4 de Octubre, por la que se autoriza la ratificación de España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y las exigencias europeas al respecto fijadas en la Posición Común del Consejo de Europa de 16 de Junio de 2003²⁵, ha recogido a los crímenes de lesa humanidad, en la Ley orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre, modificadora del Código penal, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de Octubre de 2004, conforme a su Disposición Final quinta. En su Exposición de Motivos se reconoce que se han definido y regulados los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional²⁶.

Se ha añadido un capítulo II bis al título XXIV del Libro II del Código penal, con la rúbrica de “delitos de lesa humanidad”. En concreto el art. 607 bis, recoge que serán considerados reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos descritos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado

²³ GIL y GIL, Alicia, *ul.op.cit.*, pág. 65 s.

²⁴ GOMEZ BENITEZ, *ul.op.cit.*, pág. 1136.

²⁵ Consultar igualmente la *Ley orgánica 18/2003, de 10 de diciembre de 2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, (B.O.E núm.296, de 11 diciembre de 2003). Así como la *Ley 7/2003, de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, en relación a la condición impuesta en referencia al apartado b) del párrafo 1 del art. 103 del Estatuto de Roma, declarando que España estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española. Consultar así mismo lo previsto en el art. 77 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Vid. en el mismo sentido *la Resolución del Parlamento Europeo sobre la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 28 de febrero de 2002*, (D.O.C.E de 28 de noviembre de 2002), y *la Posición común 2003/444/PESC del Consejo, de 16 de junio de 2003*, (Diario Oficial de la Unión Europea de 18 de agosto de 2003) en donde se reconoce en su Considerando quinto que los crímenes graves que son competencia de la Corte conciernen a todos los Estados miembros que están decididos a cooperar para prevenir estos crímenes y poner fin a la impunidad de sus autores.

²⁶ Vid. GOMEZ BENITEZ, *ul.op.cit.*, pág. 1025, en donde se reconoce que a partir de la entrada en vigor de la Corte Penal Internacional, los delitos recogidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrarían a formar parte de nuestra legislación interna conforme determina el art. 96 de nuestra Constitución, pero solamente a efectos de la actividad de la Corte Penal Internacional, por ello, a falta de una legislación nacional sobre crímenes contra la humanidad ajena al Estatuto de Roma, nuestros tribunales no podrían fundamentar su jurisdicción preferente a la de la Corte.

o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella²⁷. Los diferentes delitos que pueden ser cometidos dentro del ataque mencionado constituyendo delito de lesa humanidad, son conductas de homicidio, asesinato, violación, agresión sexual, lesiones, deportación o traslado forzoso de personas, provocación de embarazos no deseados con fines de modificación de la composición étnica de la población, detención ilegal, tortura, prostitución y traslado con fines de explotación sexual, así como el sometimiento a esclavitud.

Sin embargo la principal novedad frente a los textos internacionales reside en que el nuevo precepto afirma que *en todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos* cuando los actos se cometan dentro de dos supuestos principalmente. En primer lugar, cuando la víctima pertenezca a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional y en segundo, cuando el ataque generalizado o sistemático contra la población civil se produzca en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

Una primera aproximación al contenido de este artículo 607 bis nos indica que la implementación en España de la cláusula umbral (o elemento circunstancial, según los Elementos de los Crímenes), que determina la gravedad requerida para considerar a los actos correspondientes crímenes contra la humanidad, no se ha producido completamente como una transcripción literal.

En primer término, dentro del ataque generalizado o sistemático²⁸ se ha individualizado que el mismo tiene que dirigirse contra “una población civil o parte de ella”, destacándose un aspecto quizás innecesario, al especificarse la mención “o parte de ella”, ya que ni el propio Estatuto de Roma, ni los Elementos de los Crímenes han hecho tal distinción, si bien no obstante, tal vez nuestro legislador ha creído conveniente concretar tal límite al respecto, buscando reforzar la taxatividad de la norma. En segundo lugar, se advierte que *en todo caso*, (suponiendo

²⁷ Observar que se ha omitido toda mención a la necesidad de que el autor actúe “con conocimiento de dicho ataque” como expresamente se ha tipificado en el Estatuto de Roma, en el art. 7.1, e igualmente se ha destacado en los Elementos de los Crímenes. En este aspecto entran en juego las reglas contenidas en nuestros artículos 5, 10 y 12 del Código penal, así como también hay que destacar la introducción del artículo 615 bis, por la ley orgánica 15/2003, relativo a “Disposiciones comunes”, en donde se recogen expresamente conductas imprudentes en su apartado segundo, en relación a la autoridad o jefe militar o quien actué *de facto* como tal, que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III del Título XXIV, del libro II.

²⁸ La ley orgánica 15/2003 también introduce un art. 614 bis en el Capítulo III del título XXIV, del Libro II, relativo a los “Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, en donde se recoge que cuando cualquiera de las conductas descritas en dicho capítulo formen parte de un plan o política o *se cometan a gran escala*, se aplicarán las respectivas penas en su mitad superior.

por supuesto, que nos hallemos dentro del obligatorio ataque generalizado o sistemático), se considerará la conducta delito de lesa humanidad, cuando se produzcan dos supuestos concretos, que creemos que deben ser objeto de un análisis más pormenorizado. El primero de ellos se corresponde con la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional.

Con respecto a este primer apartado, normalmente este requisito siempre había sido previsto para los casos de delitos de persecución, en donde se resalta que la misma debe existir por razones políticas, raciales, nacionales, étnicas, culturales, religiosas o de género, u otros motivos reconocidos internacionalmente como inaceptables, contra un determinado grupo o colectivo con identidad propia. Sin embargo, en la cláusula española se omite el requisito relativo a la “identidad propia” del grupo o colectivo perseguido, requerido internacionalmente, y además curiosamente, el hecho de que este dato se introduzca como una motivación general del ataque generalizado o sistemático *valorándose siempre en todo caso la conducta realizada como un delito de lesa humanidad*, choca frontalmente con la falta de un tipo específico de persecución dentro de los supuestos previstos en el art. 607 bis en su apartado segundo, que sí se halla presente en el Estatuto de Roma. Con ello podemos llegar a la conclusión de que si se produce un asesinato o alguno de los delitos de referencia previstos en el art. 607 bis del Código penal, cuando éstos se cometan contra una víctima que pertenezca a un grupo perseguido por los motivos anteriormente destacados, automáticamente (en todo caso), dichos actos se van a considerar como delito de lesa humanidad si forman parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, pero en cambio, la simple persecución, aunque se de por los motivos anteriormente expuestos, no se prevé en nuestro Código penal como un delito contra la humanidad. A nuestro juicio este primer apartado del art. 607 bis. 1 C.P se ha producido más como una forma de dar respuesta a los problemas interpretativos que se causaban por el denominado “genocidio político”, en lugar de procederse a una implementación lo más completa posible de los diferentes delitos previstos en el art. 7 ECPI.

La muerte de personas pertenecientes a un determinado colectivo por motivos políticos, resultaba de difícil encuadre en nuestro art. 607 C.P, que penaliza al delito de genocidio, ya que generalmente se estima que no puede ubicarse dentro de este tipo penal a los intentos de destrucción de un colectivo bajo dicha intencionalidad de persecución política, puesto que en el genocidio se castiga la comisión de una serie de delitos realizados con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo *nacional, étnico, racial o religioso*²⁹. Tras la entrada en

²⁹ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2004, pág. 763. En el excurso relativo al “genocidio político y el caso Pinochet”, se reconoce que el Convenio contra el genocidio de 1948 excluye expresamente al genocidio político, y por ello, en consonancia la decisión de la Cámara de los Lores de 24 de Marzo de 1999, rechazo la petición de extradición de Pinochet por este motivo, aunque la acepto por otros cargos como el de tortura, conforme al principio de Justicia universal. A

vigor de la ley orgánica 15/2003, los actos de homicidio, agresión sexual, lesiones y desplazamientos forzados de población dirigidos contra un colectivo perseguido bajo motivaciones políticas, que no se acababan de reconocer como constitutivos de actos de genocidio, podrían ser penalizados bajo la calificación de crimen contra la humanidad si forman parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. En cambio, el acto de persecución descrito en el art. 7.2 g) ECPI considerado como *toda privación intencional o grave de derechos fundamentales* que contravenga el Derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad, si no se traducen en conductas de asesinato, esclavitud, etc., no encuentra cabida dentro de los delitos de lesa humanidad tipificados en el Código penal español, *aunque se produzcan en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil*.

En relación a la concreción desde el Derecho penal internacional de estas conductas, la doctrina ha aclarado que las acciones particularizadas que pueden ser objeto de esta modalidad *de persecución* han quedado sin definir en el Estatuto de Roma, además de ser difícil dotarlas de contenido al tener que tratarse de privaciones graves de derechos fundamentales por motivos discriminatorios conectadas con otras conductas constitutivas de crímenes internacionales, *si bien no obstante se ha recalcado, que estas modalidades persecutorias no tienen que ser coincidentes con las otras acciones*³⁰.

El segundo de los apartados del art. 607 bis.1 C.P se refiere conductas producidas *en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen*.

Idéntico comentario se puede realizar en torno a este segundo supuesto. En el elenco de los crímenes de lesa humanidad no se recoge específicamente al delito de apartheid, sino que de nuevo cualquiera de los delitos si se cometen en ese contexto sumados a la cláusula umbral mantenida en el tipo, se estimarán en todo caso delito de lesa humanidad, pero no se penalizará a la propia opresión y dominación sistemática, como delito autónomo tal y como se recoge en el art. 7.2 h) ECPI.

2. Relación entre los crímenes de lesa humanidad y los delitos de terrorismo.

Esta primera aproximación a los crímenes de lesa humanidad no quedaría completa sin avanzar una serie de cuestiones en conexión con otra serie de

favor de una interpretación de tal conducta como perteneciente a la expresión “grupo nacional”, aunque con ciertos matices, MUÑOZ CONDE, siempre que se de el propósito de destrucción del grupo. En el mismo sentido, a favor de una perspectiva dinámica y no estática del término grupo nacional, SERRANO-PIEDECASAS, *ul.op.cit*, pág. 1509.

³⁰ GIL y GIL, *ul.op.cit*, pág. 90 s.

preceptos contenidos en el Código penal español, cuya penalidad ha sido ampliamente modificada tras la reforma de *la Ley orgánica, 7/2003 de 30 de junio*. Nos estamos refiriendo a los supuestos de terrorismo y su relación con los crímenes internacionales.

La doctrina penal internacional ha analizado en numerosas ocasiones si el ataque generalizado o sistemático contra una población civil necesario para constituir un crimen de lesa humanidad, podría derivarse de un contexto de terrorismo internacional, debiendo siempre distinguirse entre los conceptos de terrorismo internacional y terrorismo como crimen de lesa humanidad. Con respecto a actuaciones terroristas se estima la existencia de un crimen de terrorismo internacional cuando los actos constituyen una ofensa criminal en la mayoría de los sistemas legales nacionales, como asesinato, secuestro, tortura, extorsión, etc., dirigidos a difundir terror a través de la producción de acciones violentas o de amenazas directas de ello contra un Estado, o bien realizadas contra un público o un grupo particular de personas. Estos hechos deben poseer una motivación política, religiosa u otra de relevancia, rechazándose la búsqueda de la consecución de determinados fines privados³¹. Además los actos terroristas deben mostrar un nexo con un conflicto armado internacional o interno, o ellos deben adquirir una grave magnitud, alcanzando el grado de crimen contra la humanidad, o bien, deben implicar a autoridades estatales y exhibir una dimensión transnacional.³² Por ello, en el ámbito europeo, la *Decisión-marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo*, destaca que los actos terroristas deben perseguir el fin de intimidar gravemente a una población, obligar indebidamente a los poderes públicos o a las organizaciones internacionales a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, o bien a desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional³³.

En cambio, las conductas terroristas pueden calificarse como crimen de lesa humanidad siempre que formen parte de un ataque generalizado o sistemático sobre civiles, y cuando los ejecutores son conscientes o tienen conocimiento de que los actos criminales son parte de una pauta general o sistemática de conducta, y se manifiestan como alguno de los tipos expresamente previstos (asesinato, tortura, exterminio, etc.) por la normativa penal internacional prevista en el art. 7.1 ECPI.

³¹ CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, pág. 122 ss. El concepto de extorsión debe entenderse en sentido amplio, como amenazas condicionales. Sobre el alcance del concepto, vid. MARTINEZ GONZALEZ, “El delito de extorsión”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm.44, 1991, pág. 371 s.

³² Vid. CASSESE, *ul.op.cit.*, pág. 122 ss.

³³ BUENO ARUS, DE MIGUEL ZARAGOZA, *Manual de Derecho penal internacional*, Madrid, 2003, pág. 83 ss.

Sin embargo, a nuestro parecer, a pesar de que la doctrina haya admitido la calificación de determinados actos terroristas como crímenes contra la humanidad cuando éstos se realicen en un contexto de provocación de terror a través de un ataque generalizado o sistemático a la población civil, en un país con una normativa penal tan severa en relación al terrorismo como es la española, tal calificación merece una adecuada reflexión, ya que puede darse el caso, que en ocasiones actos cruelmente bárbaros como los que merecen la denominación de “crimen contra la humanidad” puedan recibir una respuesta penal más contundente desde la vertiente de la lucha legal antiterrorista, que solamente desde la óptica de la implementación del Derecho penal internacional.

Nuestro actual Código penal recoge a los delitos de terrorismo en la Sección II, del Capítulo V, del Título XXII, del Libro II, dentro de los Delitos contra el Orden Público. La noción de terrorismo, a pesar de las diferentes definiciones existentes al respecto tanto en Derecho internacional, como en Derecho penal, se centra en torno a la existencia de dos elementos, uno estructural y otro teleológico, como son la organización armada y el fin o resultado político perseguido a través de la comisión de graves delitos. Estos elementos están presentes en los art. 571 a 580 C.P, en donde se castiga a los que cometan una serie de hechos delictivos perteneciendo, actuando o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos, cuya finalidad sea *la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública*. El motivo de su mayor incriminación responde a la defensa de la exclusividad del método democrático como única forma legítima de adopción, de las decisiones colectivas y de participación en el poder³⁴.

Por subversión del orden constitucional se entiende trastornar, perturbar o destruir la normal y efectiva aplicación del funcionamiento de la Constitución, es decir, la regular actuación de la Jefatura del Estado, de los Gobiernos y las Cámaras legislativas, así como la libre celebración de elecciones y la integridad nacional. Por alteración grave de la paz pública, ésta es concebida como un estado de tranquilidad y sosiego trascendente, diferente al orden público, puesto que dentro de la paz pueden coexistir desórdenes accidentales y perturbaciones de la tranquilidad social³⁵.

El bien jurídico protegido orden público, se ha interpretado como *la tranquilidad o la paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana*, mientras que se considera como bien jurídico amparado en el Título XXIV, del Libro II del Código penal, *la protección de la comunidad internacional*, aunque dicha protección se

³⁴ LAMARCA PEREZ, “Sobre le concepto de terrorismo (a propósito del caso Amedo)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto, 1993, pág. 546.

³⁵ HERNANDEZ HERNANDEZ, “De los delitos de terrorismo”, en *Código penal, Doctrina y jurisprudencia*, CONDE-PUMPIDO FERREIRO (director), Tomo III, Madrid, 1997, pág. 4884 ss.

derive de la legislación estatal y sea la jurisdicción nacional la encargada normalmente del castigo de estos delitos³⁶.

Cuando determinados actos de terrorismo se insertasen dentro de un contexto de violencia facilitado por una política de atrocidades dirigidas contra la población civil en una forma generalizada o sistemática, nada impediría que bajo el fundamento de la existencia de dos bienes jurídicos diversos, pudiera sostenerse la existencia de concursos delictivos ante la producción de acciones diversificadas. Supongamos supuestos de determinados colectivos que atacan generalizadamente a la población civil dentro de un clima y una estrategia de violencia, que finalmente se organizan y forman finalmente una banda armada dispuesta a alterar el orden constitucional o la paz pública provocando graves atentados terroristas.

Sin embargo, la cuestión principal reside cuando un grupo que ya recibe el calificativo de organización terrorista perpetra atentados que pueden considerarse como parte de un ataque generalizado o sistemático a la población civil, pudiendo recibir la consideración de crimen contra la humanidad. ¿Podría sostenerse un concurso de delitos ante la existencia y diferente protección de bienes jurídicos diversos o por el contrario, la redacción de los preceptos legales nos inclinaría a favor de un concurso de normas?

Un dato que no puede obviarse es que sin duda, cuando se produce por una banda terrorista un ataque a la población civil en una forma generalizada, a través de un grave atentado, ello irremediamente va a implicar una *grave alteración de la paz pública*, con lo cual, podría devenir la problemática de que un mismo acto, el atentado contra la población civil, nos sirviera para calificar los hechos como un grave atentado contra la paz pública, constituyendo el delito de terrorismo, y a su vez, la gravedad del mismo, al realizarse en una forma generalizada contra la población civil afectando a una multiplicidad de víctimas nos llevara a la calificación de crimen contra la humanidad.

Tras la entrada en vigor de la ley 15/2003, esta problemática podría plantearse, debiendo optar el intérprete entre diferentes valoraciones. Para estimar que nos encontramos ante un delito de terrorismo, es necesario demostrar que los actos delictivos perpetrados por la banda armada se encaminaban a *subvertir el orden constitucional o a alterar gravemente la paz pública*. En cambio, para decidir si nos hallamos en presencia de un crimen de lesa humanidad hay que demostrar que dichos ataques terroristas se insertaban *como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil*.

Cuando se trate de casos de una gravedad exorbitante podrían darse supuestos en los que si los actos de la banda armada van dirigidos a alterar gravemente la paz pública, y a su vez, se insertan en un contexto de multiplicidad de ataques en forma generalizada o sistemática contra la población civil realizadas

³⁶ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2004, pág. 755 y 904.

dentro de una estrategia incluso a nivel internacional, pudieran coexistir las calificaciones de delitos de terrorismo y crimen internacional. En caso contrario, de no demostrarse que tales conductas se hallan insertadas dentro de una estrategia de ataque contra la población civil en una forma sistemática o generalizada, sólo cabría la calificación y la penalización por los delitos de terrorismo.

No obstante, no podemos prescindir que si el supuesto en concreto, se basa en un solo caso de homicidio, de lesión, o de alguno de los diferentes tipos coincidentes previstos tanto en el art. 572 como en el art. 607 bis C.P, el aseverar que de una sola muerte, lesión, etc., se derivaría la comisión de dos tipos delictivos tan gravemente penados como los examinados, podría incurrir en conculcaciones del principio *non bis in idem* y extralimitaciones del principio de intervención mínima.

La lógica nos indica que el hecho de que los crímenes contra la humanidad deban formar parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil siendo algo muy difícil de demostrar, de hallarnos solamente en la presencia de un solo acto individualizado, inclinaría a pensar que de demostrarse esta política de un contexto de ataque civil, primaría la calificación del único delito cometido (homicidio, lesiones...) como un crimen contra la humanidad, frente al delito de terrorismo. Pero si *el principio de especialidad* o el de *consunción* favorecería la aplicación del art. 607 bis C.P, en cambio, se produce la paradoja, de que *el principio de alternatividad* nos ofrecería el camino contrario.

Citemos como ejemplo de lo expuesto, que la muerte de una persona calificable como homicidio del art. 138 C.P recibe una pena de prisión de veinte a treinta años bajo la regulación de los delitos de terrorismo del art. 572 C.P, en cambio, desde la perspectiva del art. 607 bis C.P, que incorpora a la normativa española al crimen de lesa humanidad, el autor resultaría penalizado con prisión de quince a veinte años. La causación de lesiones del art. 149 está penalizada en el art. 572 C.P con quince a veinte años prisión, mientras que en el art. 607 bis se contempla una pena de doce a quince años.

Incluso, si el intérprete se inclinara en supuestos de comisión de varias acciones por la existencia de un concurso de normas, optando entre la existencia de delitos de terrorismo o crímenes de lesa humanidad, el principio de alternatividad también favorecería la aplicación de la legislación antiterrorista, ya que los topes marcados para las reglas de acumulación jurídica previstos en el art. 76 tras las modificaciones introducidas por la Ley 7/2003 hacen que frente a lo previsto en el apartado c) con un límite de pena aplicable de 40 años, para supuestos de condena por dos o más delitos no calificables como “delitos de terrorismo”, es necesario que al menos *dos de ellos* estén castigados por la ley con pena de prisión superior a veinte años, en cambio, para los delitos de terrorismo, previstos en la sección segunda del Capítulo V, del Título XXII, del Libro II, para aplicar el límite máximo de cuarenta años solamente es necesario que *alguno de ellos* esté penalizado con pena de prisión superior a veinte años.

3. El caso Scilingo como crimen de lesa humanidad.

3.1. *Los hechos probados en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005.*

A lo largo de todo el año 1975, en la República Argentina, los principales responsables militares de cada una de las ramas del ejército, con ayuda de las fuerzas policiales y servicios de inteligencia, decidieron no solamente derrocar con un golpe de Estado a la legítima presidenta constitucional, sino también acordaron diseñar, desarrollar y ejecutar un plan sistemático de secuestro, tortura, desaparición y eliminación física de toda aquella parte de la ciudadanía que resultaba subversiva, entendiendo por tal a los que por su forma de pensar, actividades, relaciones o adscripción política o incluso religiosa, resultaban en apariencia incompatibles con su proyecto político y social.

A partir del 6 de octubre de 1975, los máximos órganos militares conjuntamente con los policiales y los servicios de inteligencia, ultimaron preparativos de forma coordinada para la toma de poder y el desarrollo a gran escala del plan de eliminación y desaparición sistemática de personas de los diferentes bloques de población considerados “elementos subversivos” incluyéndose a estudiantes, trabajadores, amas de casa, niños, minusválidos o discapacitados, políticos, sindicalistas, abogados, judíos y en general, *cualquier persona o sector que se entendiera opuesto a la selección realizada*, so pretexto de desarrollar o participar en actividades supuestamente terroristas y contrarias a lo que denominaban “moral occidental y cristiana”.

Igualmente se expresó que otro método de desaparición a seguir sería que las detenidas embarazadas siguieran con vida hasta el alumbramiento de los bebés, los cuales serían entregados a familiares de marinos, militares o civiles que los solicitaran a través de las órdenes establecidas en la Escuela Mecánica de la Armada, evitándose la “contaminación” que supondría devolver a los hijos a sus familias biológicas.

Desde el 24 de febrero de 1976, fecha del golpe de Estado, hasta el 10 de diciembre de 1983, las fuerzas armadas argentinas usurparon ilegalmente el gobierno, poniendo en marcha el *Proceso de reorganización nacional* y la *Lucha contra la subversión*, cuya finalidad era la destrucción sistemática de personas que se opusieran a la concepción de nación sostenida por los militares golpistas. La actividad se tradujo en la implantación de un organigrama de grupos, organizaciones y bandas armadas que subvirtiendo todo el orden constitucional y alterando gravemente la paz pública, cometieron toda una cadena de hechos violentos e ilegales que desembocaron en una represión generalizada y un estado absoluto de terror de toda la población³⁷.

³⁷ El Reglamento RC-9-1, de 1977, establecía que el concepto era “prevenir y no curar”, impidiendo mediante la eliminación de los agitadores, posibles acciones insurreccionales masivas.

Los métodos utilizados para el desarrollo de dicho proyecto consistían en la detención masiva de ciudadanos, acompañada de la práctica sistemática de tortura con “métodos científicos”, el exterminio generalizado con lanzamientos de personas sedadas al mar, abusos sexuales, secuestro, desaparición forzada, situándose las víctimas entre 20.000 y 30.000 personas, con la existencia al menos de 600 españoles. Conjuntamente se produjo la sustracción al mínimo de un número superior a 500 recién nacidos, procediéndose después a adopciones clandestinas.

El procesado, A. F. Scilingo, en su condición de oficial, asistió a la reunión previa al golpe militar, celebrada en el cine de Puerto Belgrano, en la que se aludió a la caótica situación del país y a los cambios que los transformarían en un país pacificado de orden, conociendo de ese modo el plan mencionado antes de que entrase en ejecución haciéndolo propio, al igual que el resto de los novecientos oficiales que allí se encontraban.

Se considera demostrado en la resolución judicial, su participación en la lucha contra la insurgencia organizada por la dictadura argentina, interviniendo durante su estancia en la Escuela de Mecánica de la Armada en los llamados “vuelos de la muerte”, en los cuales se lanzaban vivas a decenas de personas a las que previamente se les había sedado. Igualmente fue testigo de las torturas impartidas por el procedimiento de la “picana eléctrica” o descargas eléctricas, y tuvo conocimiento de los denominados “asados” en los que se calcinaban los cuerpos de las personas fallecidas.

3.2 La Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005, núm. 16/2005.

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional califica los hechos cometidos como constitutivos de un delito de lesa humanidad del art. 607 bis) C.P con la causación de muerte de treinta personas y la aplicación de la circunstancia prevista en el art. 139 C.P de alevosía, detención ilegal y tortura. Se estima la producción de *un único delito de lesa humanidad* pero con el resultado de treinta muertes con alevosía. Un delito de detención ilegal en el que intervino personalmente el acusado, y otro de torturas, referidas a aquella en las que quiso estar presente, aunque sin hacer nada por impedir las o evitarlas. En cambio, se considera que Scilingo no tuvo intervención directa en otros actos llevados a cabo por el denominado “Grupo de Tareas” y no le son directamente imputables como delitos independientes otros hechos no directamente realizados por él.

Lo más destacable en relación a este punto, es que la Audiencia Nacional en consonancia con lo sostenido por la doctrina penal, considera que las otras situaciones de torturas y detenciones que se realizaron en la ESMA durante el

La localización de activistas debía ser siempre una preocupación permanente en todos los niveles del comando.

tiempo de su permanencia, *a efectos jurídico penales forman parte de los elementos contextuales del delito de lesa humanidad*, en los que se enmarcan los distintos actos concretamente realizados por el acusado.

Sin embargo, a pesar de que el art. 607 bis C.P. no ha incluido (a diferencia de lo recogido en el art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional), el que el autor realice la conducta dentro de un ataque generalizado o sistemático, “con conocimiento de dicho ataque”, rigiendo por lo tanto lo establecido en los art. 5, 10 y 12 del Código penal, la Audiencia Nacional hace hincapié en este elemento, destacando que no cabe ninguna duda que Scilingo tuvo conocimiento de las actividades ilícitas desarrolladas por el Grupo de Tareas en la ESMA, ya que además éstas se incardinaban como una parte más en el plan ideado y ejecutado por las Fuerzas Armadas argentinas para el establecimiento de un determinado sistema político e ideológico, previa eliminación de la parte de la población nacional que por motivos ideológicos, políticos o religiosos pudiera representar un obstáculo. Se admite que Scilingo aceptó ese plan y los objetivos perseguidos por el mismo, ya que llegó a solicitar formar parte del Grupo de Tareas y aunque su actividad fue fundamentalmente de apoyo logístico, también se involucró en actividades operativas en los “vuelos de la muerte” o actos de secuestro y tortura, participando directamente en los hechos concretos, además del elemento contextual en el que se producen para la tipificación penal de su conducta.

Los hechos no son constitutivos de un delito de genocidio porque se estima que conforme a lo dispuesto en el art. 607 del Código penal, no aparecen entre los propósitos de destrucción total o parcial de un grupo motivos políticos. Se considera que la destrucción parcial de un grupo nacional recogida en el tipo penal, no es equivalente ni debe abarcar el “autogenocidio”, es decir la destrucción parcial del propio grupo nacional, aunque puedan existir subgrupos diferenciados por la ideología. Sin embargo, la Sala reitera que esta interpretación *estricta y restringida* del delito de genocidio en el momento actual responde a que se ha incorporado al Código penal precisamente los Crímenes de Lesa Humanidad, de carácter más amplio, que obliga a reinterpretar al delito de genocidio en este sentido.

La Audiencia Nacional *niega además la calificación por un delito de terrorismo*. El tribunal, a pesar de reconocer que en el caso se dan tanto el elemento estructural como el teleológico, determina que *los hechos van allá y contienen otros elementos que sólo son abarcados por el injusto del delito de lesa humanidad*, considerando en este caso el terrorismo subsumido dentro del delito de lesa humanidad y no en una relación de concurso de delitos.

3.3 Los problemas de aplicabilidad al caso del art. 607 bis) C.P

3.3.1 La aplicación temporal de la Ley penal: El principio de *lex certa* y los consecuentes problemas de irretroactividad de la norma penal.

El principal obstáculo al que se ha enfrentado la Audiencia Nacional a la hora de enjuiciar estos delitos procede de que los hechos se produjeron durante los años 1976 a 1983 en Argentina, y en cambio, el delito de lesa humanidad ha entrado en vigor en España el 1 de octubre de 2004, a raíz de la reciente implementación en la normativa española de lo dispuesto en el Estatuto de Roma, tras la *Ley orgánica 15/2003, de 26 de noviembre*.

Reconoce la Audiencia Nacional, que siguiendo los postulados clásicos del Derecho penal, en base al principio de irretroactividad, el delito debería desplegar sus efectos de cara al futuro, pero que no obstante, cuando la conducta enjuiciada también está incurso en normas de Derecho penal internacional al ser un delito contra la humanidad, implica que las normas penales de Derecho interno que las incorporan reconocen mandatos o prohibiciones *preexistentes* de Derecho internacional público.

A juicio del órgano judicial, se estima que la singularidad de esta clase de normas requiere un replanteamiento, hasta el punto de exigir un esfuerzo de reinterpretación de los efectos tradicionales de los principios penales clásicos, adoptándose soluciones diferentes que no difieran de la esencia de dichos principios, por ello, en el caso de normas integradas en el *ius cogens* internacional, la respuesta es que por mucho que se reconozca la validez universal o *erga omnes* de estas normas, si no están expresamente recogidas en Derecho interno resultan desde un punto de vista técnico inaplicables, siendo un Derecho simbólico a no ser que terminen incorporándose al ordenamiento interno.

No obstante, respetando el principio de legalidad penal, se estima que el carácter de *ius cogens* de la norma internacional que recoge la interna, y cuya obligatoriedad reconoce, le impide ir *en contra de su contenido esencial o limitar su ámbito de aplicación temporal objetivo, subjetivo o territorial*. Recibida en derecho interno la norma de Derecho internacional preexistente, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya “obligatoria *per se*”, o de que por su universalidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en los que ésta se organiza, y no un Estado en concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de estos delitos.

En lo que se refiere a la exigencia de una ley previa a la comisión del delito, la Audiencia Nacional parte en este caso, de que la formulación clásica del principio de legalidad penal “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” en el Derecho internacional se articula solamente como “*nullum crimen sine iure*”, por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos internos, la tipicidad de los crímenes contra la seguridad de la humanidad no está determinada en el orden internacional por su incorporación a textos escritos³⁸.

³⁸ Vid. REMIRO BROTONS, “Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial”, en *Derecho Penal Internacional, en Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, Madrid, 2001, pág. 93, destaca que en cuanto a la no retroactividad está muy extendida la creencia de que el juez estatal no puede

Sin embargo, se señala que el art. 6 *del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945*, en los Juicios de Nüremberg, determinaba que los crímenes contra la Humanidad actuaban como norma de cierre, para cerrar la salida a las posibles escapatorias destinadas a obstaculizar el castigo de los autores de graves atropellos. Por lo tanto, la naturaleza mixta de los delitos contra la humanidad, convencional y consuetudinaria, al cristalizarse en normas escritas añade un plus de taxatividad y de previsibilidad de la conducta prohibida u ordenada por la norma penal internacional³⁹.

La Audiencia defiende que no tendría ningún sentido que el legislador español al introducir el precepto penal del art. 607 bis C.P, se esté limitando a permitir en el ordenamiento español, sólo de cara al futuro la persecución de este tipo de crímenes como formal cumplimiento del principio de complementariedad⁴⁰

perseguir sino los actos posteriores a su tipificación criminal por el Derecho interno o por lo menos a la fecha en la que un Estado manifestó su consentimiento en obligarse por un tratado. Recalca sin embargo que no hay que beneficiar a los criminales con la morosidad de los legisladores estatales, proponiendo a menos que la ley o los tratados disponga otra cosa, que la fecha decisiva para proceder a la persecución y castigo de un crimen internacional no es la de su incorporación a normas internas ni la de su consentimiento en obligarse por tratados tipificadores de crímenes internacionales, sino la de su cristalización en normas generales de Derecho internacional.

³⁹ Siguiendo esta línea argumentativa la Audiencia Nacional destaca que en el momento de producción de los hechos, existían normas consuetudinarias internacionales de aplicabilidad general, y aunque la tipificación de estas conductas basadas en el art. 6 del Estatuto de Nüremberg, y en el Convenio contra el Genocidio de 1958 no le fuera absolutamente aplicable, había suficientes elementos en el ámbito internacional para tener una idea cierta de que tales conductas eran crímenes contra la humanidad e iban no solo contra el derecho interno sino también contra el derecho internacional, pudiendo exigirse responsabilidad penal individual a los autores de tales crímenes. Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de marzo de 2001, en el Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania en relación a la Sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) en el caso de “los disparos del muro de Berlín”.

Incluso, en relación a la previsión de la pena se destaca que en el Código penal vigente en Argentina en el momento de los hechos, se establecía pena de prisión perpetua para el homicidio agravado, la pena de muerte o reclusión perpetua en el caso de que con el delito de asociación ilegal se causaran muertes o graves lesiones en las personas, por lo que el tribunal estima, que dichas penas tan severas podrían haberle sido impuestas al encausado, teniendo esta cuestión gran importancia desde el punto de vista del principio de legalidad penal.

⁴⁰ Vid. AMBOS, Kai, “Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm.5, pág. 137 ss, en donde se recoge que el principio central comprendido en el Preámbulo del Tratado y determinado en el art. 17 ECPI, implica que la Corte Penal sólo podrá actuar cuando la jurisdicción nacional no esté dispuesta o no sea capaz de perseguir un delito dentro de su esfera de competencia, no estando por el contrario permitido un procedimiento ante la Corte Penal Internacional cuando esté tramitándose un procedimiento nacional o el asunto en cuestión no sea suficientemente grave como para justificar la intervención de la Corte. En relación a este principio la Sentencia recoge que aunque el Estatuto de Roma establezca el principio de complementariedad en sus actuaciones, la circunstancia de la persecución en el ámbito interno no opera automáticamente, sino procesalmente como excepción en el art. 17 y 18, siendo necesaria en todo caso la prueba de *una persecución eficaz que no entrañe fraude*.

del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dejando sin previsión en derecho interno la norma penal internacional, que desde hacía décadas castigaba este tipo de conductas⁴¹.

En relación a si existía una norma penal interna que se ajustara a la norma penal internacional en el momento de comisión de los hechos y que habilitara la persecución en España de hechos acontecidos en Argentina, surge la problemática de si era correcta la tipificación que se le dio a los hechos como genocidio en el Auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998. Se aduce por la Sala que ante la falta de regulación concreta de otras figuras de crímenes contra la humanidad en el Derecho interno, la realidad únicamente podía ser abarcada por una interpretación *amplia* del delito de genocidio, con lo cual, la calificación es correcta, en el sentido de que existe autonomía interpretativa e incluso evolución del propio significado del tipo penal acorde con la evolución de los tiempos, sin condicionar la interpretación del tipo a una determinada situación contextual mundial, que luego ha cambiado de forma radical.

Asimismo, había otros elementos complementarios de la competencia jurisdiccional desde la perspectiva interna española, ya que los hechos también serían susceptibles de constituir delito de terrorismo perseguible internacionalmente, como también las torturas de ciudadanos españoles en función del principio de personalidad pasiva, *aunque el tribunal en este caso no considere procedente establecer calificaciones autónomas por dichos delitos al estimar que están en una relación de concurso de leyes, aplicándose el principio de consunción del art. 8.3º del Código penal.*

A pesar de lo expuesto, el tribunal considera más acertada la aplicación del crimen de lesa humanidad, ya que al analizar los elementos del tipo objetivo, uno de sus requisitos típicos es la exigencia de un ataque contra la población civil de acuerdo con una política estatal o de una organización no estatal que ejerce el poder de facto en una forma generalizada o sistemática, que se ampliamente en el caso, y además en opinión del Tribunal la razón de la utilidad de esta serie de crímenes consiste, en garantizar su persecución ante dificultades extremas o imposibilidad de persecución interna, por ello una de las características esenciales de los delitos contra la humanidad es su perseguibilidad internacional más allá de la territorialidad.

Se reconoce que aunque lo más neutral y menos complicado desde el punto de vista de las relaciones internacionales es que sea un Tribunal *ad hoc* el que los persiga, lo esencial es que la persecución internacional, aunque sea

⁴¹ Vid. asimismo TRIFFTERER, Otto, “Domésticos de ratificación e implementación”, en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post Roma*, Valencia, 2002, pág. 18, que afirma que la estructura de la Corte Penal Internacional se basan sobre el presupuesto de que los *Estados partes ejercerán de hecho su ius puniendi sobre crímenes de Derecho internacional*, aplicándose así un modelo de ejecución indirecto.

complementaria o subsidiaria de la interna inefectiva o inexistente, se produzca; *resultando que cuando no se ha podido producir la actuación de un tribunal penal internacional, el principio de necesaria persecución sigue indemne, debiendo actuar una jurisdicción nacional en su sustitución y haciendo las funciones de ésta.*

En lo que respecta a la excepción prevista en el apartado quinto del art. 23 de la Ley orgánica del Poder Judicial, se afirma que la actuación de la jurisdicción española ha venido determinada por la falta de actuación eficaz de la justicia argentina, que ha dado lugar a una situación de impunidad de los responsables⁴².

3.3.2 La obediencia debida y las leyes de punto y final.

La esencia de la responsabilidad penal internacional por crímenes contra la humanidad consiste en que ésta es de carácter individual. Por ello, la responsabilidad penal, según recalca la Audiencia, abarcaría a todas las personas de la jerarquía que hayan tenido algún grado de participación y por hechos consumados, intentados o planificados, pudiendo cometerse tanto por acción como por omisión. El que actúa bajo las órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico, no se ve exento de responsabilidad criminal, ya que el principio de responsabilidad de los mandos determina que el superior debe responder, si éstos contribuyen directamente a la perpetración de un crimen ordenándolo o si contribuyen indirectamente a su realización, si no lo impiden o no reprimen una conducta ilegal⁴³.

En 1985 se llevaron a cabo en Argentina, el juicio contra nueve generales miembros de las tres primeras Juntas Militares, que finalizó con la condena de cinco de los acusados, por Sentencia de 9 de diciembre, confirmada por la de 30 de diciembre de 1986 por la Corte Suprema argentina. A pesar de ello, surge *la Ley 23.492 de Punto Final, de 24 de diciembre de 1986*, que establecía un término de sesenta días como plazo para la presentación de recursos judiciales por crímenes

⁴² Vid. AMBOS, Kai, "Sobre el fundamento de la Corte Penal Internacional", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, 2000, pág. 137 s, que reconoce que resulta problemático cuando se puede partir de que la jurisdicción nacional no está dispuesta o es incapaz a perseguir tales delitos. Se admite una falta de voluntad de persecución penal cuando un Estado incoa un procedimiento solo aparente para sustraer a la persona interesada de la persecución penal real, cuando se verifique una dilación procesal incompatible con una justicia penal eficaz o cuando el proceso no se sustancia de manera independiente o incapaz. La jurisdicción nacional será incapaz para un enjuiciamiento cuando debido a su colapso total o esencial, no consiga hacer comparecer al acusado o proporcionar los medios de prueba necesarios.

⁴³ Vid. sobre la autoría y participación en los crímenes internacionales, AMBOS, Kai, General Principles of Criminal Law in the Rome Statute, en *International Criminal Law*, (website), visitada en 24 de marzo de 2005. LEVINE, EUGENIA, The mens rea requirement of Command responsibility: modern developments and future direction, en *Global Policy Forum*, visitada en 28 de febrero de 2005. GREPPI, EDOARDO, The evolution of individual criminal responsibility under international criminal law, en *International Review of the Red Cross*, n° 835, 30 de septiembre de 1999, página web visitada en 24 de marzo de 2005.

cometidos antes del diez de diciembre de 1986 vinculados a la instauración de formas violentas de acción política (exceptuándose los delitos de sustitución del estado civil y de sustracción y ocultación de menores), acompañada *por la Ley 23.521 de Obediencia Debida, de 8 de agosto de 1987*, en cuyo artículo primero se recogía “que se presumía *sin admitir prueba en contrario* que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no serían punibles por los delitos cometidos en el art. 10.1 de la Ley 23.049 por haber obrado *en virtud de obediencia debida. Estimándose en tales casos que obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad*”. Se excluía de tal presunción a los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles.

Ante esta serie de obstáculos legislativos, la Audiencia manifiesta que se impedía prácticamente para el futuro llevar a cabo ninguna clase de persecución para militares de graduación intermedia por horribles crímenes, por ello, ante la injusticia material de las medidas de indulto, junto con las anteriores leyes, determinaban un inadmisibles estado de impunidad que a tenor de lo dispuesto en el art. 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, permiten afirmar una falta de efectividad de la respuesta judicial esperable, justificándose además la complementariedad de la actuación jurisdiccional española por la existencia de víctimas españolas y que el acusado se encontraba en territorio español, una vez que decidió ponerse a disposición de la justicia⁴⁴.

Scilingo, no obstante manifestó en su defensa el haber realizado los hechos cumpliendo órdenes y bajo la obediencia debida existente en el derecho militar argentino. A pesar de ello, la Sala establece que no cabe la obediencia debida como una eximente de la responsabilidad penal en la comisión de crímenes de lesa humanidad, puesto que en el caso no procede lo previsto en el art. 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional en relación a la aplicación de la obediencia debida.

En dicho precepto se establece que quien cometa un crimen contra la humanidad en cumplimiento de una orden gubernamental o de un superior, no se le eximirá de responsabilidad penal a menos que estuviera obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o superior, no supiera que la orden era

⁴⁴ Vid. RUEDA FERNANDEZ, *Delitos de Derecho internacional. Tipificación y represión internacional*, Barcelona, 2001, pág. 172 s, en donde se recoge al adagio *aut dedere, aut iudicare*, como una variante del principio de justicia universal, que reconoce a un determinado Estado la posibilidad de juzgar a un presunto culpable que se encuentre en su territorio, poniéndolo además en la disyuntiva jurídica bien de enjuiciar al presunto culpable o bien de extraditarlo a algún otro Estado que tenga jurisdicción para juzgarlo y que así lo solicite. *Por ello se reconoce que mientras que el principio de jurisdicción universal se establece como un derecho reconocido a cualquier miembro de la comunidad internacional, el principio aut dedere, aut iudicare aparece como una obligación expresamente establecida tanto en el Derecho internacional particular, como en el Derecho internacional general.*

ilícita o bien la orden no fuera manifiestamente ilícita. La Sala considera que no puede admitirse la falta de conciencia de la ilicitud de los actos de muertes alevosas, detenciones ilegales y torturas en tiempos de paz, por su carácter manifiestamente ilícito de los que era consciente el acusado, que prefirió cumplirlas al aceptar su papel en el contexto general de lucha contra la subversión iniciada por el Ejército de su país⁴⁵.

C. CONCLUSIONES

La sentencia Scilingo es una muestra más de los tremendos obstáculos que tiene que superar una jurisdicción de carácter nacional para que se produzca una condena por crímenes contra la humanidad, si bien, también puede ser considerada como un ejemplo del empeño de los órganos judiciales por lograr que los delitos de lesa humanidad no se queden en un Derecho inaplicable o simbólico, permitiendo que los resquicios de la política faciliten la impunidad de los culpables.

Esta sentencia, que bien puede ser considerada histórica, va a significar el punto de partida para una consolidar una jurisprudencia futura en relación a la aplicación de los crímenes contra la humanidad, sobre todo, porque de ella se desprenden importantes consideraciones a muchos de los problemas, que en el caso Pinochet parecían irresolubles.

Con respecto al ámbito de aplicación del art. 23.4 LOPJ, España se considera competente a efectos de jurisdicción en base al principio de justicia universal, sobre todo desde el momento en que leyes de punto final y de obediencia debida en Argentina hacen inaplicable la excepción prevista en el apartado segundo de dicho artículo, puesto que el responsable no había sido juzgado en su país por los mismos hechos. Incluso, tampoco resultaría aplicado al caso *el principio de necesidad en la intervención*, recogido en *la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003, núm. 713*, que afirma que intervención jurisdiccional conforme al principio de Justicia Universal se excluye cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de carácter universal cometido en su propio país, determinando *la prioridad competencial de la jurisdicción territorial*, cuando existe concurrencia entre ésta y la que se ejercita sobre la base del principio de Justicia Universal.

⁴⁵ Vid. GÓMEZ RIVERO, “¿Hay todavía un espacio de racionalidad para la obediencia debida? De su clásica problemática al Estatuto de la Corte Penal Internacional, en *La influencia de la Ciencia penal alemana en Iberoamérica, Homenaje a Claus Roxin*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, pág. 659 ss, destaca que al contrario que el Estatuto de Nüremberg o el de los tribunales de Tokio, que le concedían un efecto de atenuar la pena, en el Estatuto de Roma se le concede efectos eximentes de la misma. Afirma que el valor de este artículo sería el de consagrar una causa de exención de la pena basada en que la ilegalidad de la orden no era manifiesta, de tal modo que no sólo el ejecutante no conocía este carácter, sino que tampoco cualquier otra persona, conforme a los módulos de *lo razonable*, hubiera podido conocer esa ilegalidad.

En lo que respecta a la aplicación temporal de la ley penal, la Sentencia Scilingo acoge una interpretación del principio de legalidad penal más acorde con los principios del Derecho internacional penal, que del propio Derecho penal interno, evitándose lo que ocurrió en el caso Pinochet en el que el propio Ministerio Fiscal recurrió el auto de admisión de querrela y los autos de prisión, (afirmando que los delitos se perpetraron antes de la entrada en vigor de la actual Ley orgánica del poder judicial, de fecha 1 de Julio de 1985, siendo contrario a la Constitución, el aplicar con efectos retroactivos una ley orgánica con trascendencia punitiva). En este caso por el contrario, se reconoce que el carácter de *ius cogens* de la norma internacional que recoge la interna y cuya obligatoriedad reconoce, le impide ir *en contra de su contenido esencial o limitar su ámbito de aplicación temporal objetivo, subjetivo o territorial*. Por lo tanto una vez recibida en el Derecho interno la norma de Derecho internacional preexistente, la norma interna no puede olvidar que la norma internacional era ya “obligatoria *per se*”. En el caso Scilingo se defiende que el legislador español al introducir el precepto penal del art. 607 bis C.P, no se limita a permitir en el ordenamiento español la persecución de este tipo de crímenes sólo de cara al futuro como un formal cumplimiento del principio de complementariedad del Estatuto de la Corte Penal Internacional, puesto que ello implicaría el dejar sin previsión en derecho interno a la norma penal internacional, consuetudinaria o convencional, que desde hacía décadas castigaba este tipo de conductas.

Igualmente, como anticipábamos, la expresa incorporación en España de los crímenes de lesa humanidad, implican que los supuestos de asesinatos, torturas, etc., por motivos políticos que tan difícil encuadre tenían en el delito de genocidio, se reconduzcan ahora a través del art. 607 bis) C.P, siempre que quede demostrado el elemento contextual de que los actos delictivos se encuadren en el contexto más amplio de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, y con conocimiento del mismo, sin tener que recurrir a interpretaciones más forzadas de los grupos recogidos en el delito de genocidio, como se produjo en los pronunciamientos judiciales relativos al caso Pinochet.

Asimismo en la controvertida cuestión entre la elección entre un concurso de delitos entre el crimen de lesa humanidad y los delitos de terrorismo, la jurisdicción española en este caso, prefiere la calificación de crimen contra la humanidad afirmando que *los hechos van allá y que contienen otros elementos que sólo son abarcados por el injusto del delito de lesa humanidad*, aplicando el principio de consunción a favor del art. 607 bis C.P.

Finalmente, la Sentencia Scilingo también impide que la circunstancia de obediencia debida pueda aplicarse como una eximente de la pena cuando la orden sea manifiestamente ilícita, como ocurre en los supuestos de comisión de delitos contra la humanidad, (incluso en contra de leyes nacionales de obediencia debida de los países en los que se cometió el delito), sobre todo, desde el punto de vista de que nunca puede haber un error en la antijuricidad de la conducta, cuando los actos son tan tremendamente execrables como los que se recogen en el caso.

No obstante, a pesar de todos estos grandes avances, queda un gran camino por recorrer en la adaptación del Derecho penal internacional, sobre todo, porque en su aplicación se entrecruzan postulados internacionales que no siempre se ajustan completamente con principios básicos de Derecho penal, como son los de irretroactividad y taxatividad de la norma penal, requiriéndose por ello un enorme esfuerzo interpretativo que no siempre podrá satisfacer todas las exigencias. Sin embargo, podemos afirmar que sentencias como las de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005, implican la materialización de una decidida intención de la comunidad internacional por perseguir y castigar a los responsables de tan horribles conductas, que no han podido ser nunca alcanzados por la justicia de sus propios países.

BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai, “Elementos del crimen, así como Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional”, en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post Roma*, Valencia, 2002.

* “Sobre el fundamento de la Corte Penal Internacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, 2000.

*AMBOS, KAI, General Principles of Criminal Law in the Rome Statute, in *International Criminal Law*, (website), visitada el 24 de marzo de 2005.

BUENO ARUS, DE MIGUEL ZARAGOZA, *Manual de Derecho penal internacional*, Madrid, 2003.

CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, 2003.

CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, JONES, John R.W.D, (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A commentary*, Vol. I, Oxford, 2002.

GOMEZ BENITEZ, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Actualidad Penal*, núm. 3, 2002.

* “La Corte Penal Internacional como órgano de jurisdicción universal. Reflexiones sobre su ámbito de competencia y su naturaleza complementaria”, en *Actualidad Penal*, núm.3, 2002.

GOMEZ RIVERO, “¿Hay todavía un espacio de racionalidad para la obediencia debida? De su clásica problemática al Estatuto de la Corte Penal Internacional, en *La influencia de la Ciencia penal alemana en Iberoamérica, Homenaje a Claus Roxin*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003

GIL y GIL, Alicia, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los Elementos de los Crímenes”, en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post Roma*, Valencia, 2002.

GREPPI, EDOARDO, The evolution of individual criminal responsibility under international criminal law, in *International Review of the Red Cross*, nº 835, 30 de septiembre de 1999.

HERNANDEZ HERNANDEZ, “De los delitos de terrorismo”, en *Código penal, Doctrina y jurisprudencia*, CONDE-PUMPIDO FERREIRO (director), Tomo III, Madrid, 1997.

LAMARCA PEREZ, “Sobre le concepto de terrorismo (a propósito del caso Amedo)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto, 1993.

LEVINE, EUGENIA, The mens rea requirement of Command responsibility: modern developments and future direction, in *Global Policy Forum*, febrero, 2005.

LIROLA DELGADO, MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional: Justicia versus impunidad*, Barcelona, 2001.

MARQUEZ CARRASCO, “El caso Barrios Altos ante la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, núm. 33, noviembre, 2003.

* “La definición de los crímenes contra la humanidad a la luz del Derecho internacional penal vigente: Desarrollos a partir del Estatuto de Roma”, en *Revista Jurídica del Perú*, núm. 47, junio, 2003.

MARTIN CANIVELL, “El caso Pinochet en el Tribunal de la Cámara de los Lores”, en *Derecho penal internacional*, Madrid, 2001.

MARTINEZ GONZALEZ, M^a Isabel, “El delito de extorsión”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 44, 1991.

MUÑOZ CONDE, “El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de extraños a la comunidad”, en *Revista Penal*, núm.9, enero, 2002.

* *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo*, Valencia, 2002.

* *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2004.

REMIRO BROTONS, “Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial”, en *Derecho penal internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial VII, Madrid, 2001.

RUEDA FERNANDEZ, “Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿Por fin la esperada definición?”, en CARRILLO SALCEDO, (Coordinador), *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Madrid, 2000.

* *Delitos de Derecho internacional. Tipificación y represión internacional*, Barcelona, 2001.

SERRANO-PIEDECASAS, “El delito de genocidio. Especial referencia al caso Pinochet”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002.

TRIFFTERER, Otto, “Domésticos de ratificación e implementación”, en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post Roma*, Valencia, 2002.